Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
Civiliſtiſche Praxis.

Einunddreißigſter Band. Drittes Heft.

# XII.

## Beiträge zur Lehre von der Erſitzung der Servituten und dem Beweiſe derſelben.

Von
Herrn F. B. Buſch,
Präſidenten des Landesjuſtizkollegiums in Arnſtadt.

(Schluß des Aufſatzes Nummer VI. im vorigen Heft.)

### §. 10.

Anlangend zuerſt den justus titulus, ſo iſt die herrſchende Anſicht, welche einen ſolchen bei der Erſitzung der Servituten nicht für erforderlich hält, gewiß die richtige, obſchon ich im erſten Satze der l. 10 pr. si servitus vind. Si quis — vel alio modo, keinen Beſtätigungsgrund für jene Anſicht erblicken kann, indem darin blos geſagt iſt: die langjährige Ausübung der Servitut an ſich reiche ſchon zur actio confessoria utilis hin, ohne daß der ſie Anſprechende ſich auf einen andern Erwerb zu beziehen braucht. Man vergleiche nur l. 1. §. 9 und 10. de aqua quot. XLIII. 20., wo Ulpian ganz daſſelbe, nur noch deutlicher, ſagt. Aber das ſpricht allerdings für jene Anſicht, daß der justus titulus in den Beweisſatz nicht mit aufgenommen worden iſt. Insbeſondere ſcheint aber noch in's Auge gefaßt werden zu müſſen, daß die Römer zwiſchen der Erſitzung und der Gewohnheit ein ähnliches Verhältniß ſta-

tuiren, daß ſie einem langjährigen Beſitze das Attribut eines Rechtes (vicem servitutis) zuſprechen, und daß ſie, wenn ſie der Fortdauer und dem Alter der Ausübung jene Wirkung beilegen, an einen Titel wohl ebenſowenig gedacht haben können, als an einen Rechtsgrund bei einem durch Gewohnheit in's Daſein gerufenen Rechtsſatze. Consuetudo vicem legis obtinet, — heißt es bei dem Rechte in sensu objectivo, — longa consuetudo oder longi temporis consuetudo vicem servitutis obtinet, bei dem Rechte in ſubjectivem Sinne. Sowie dort auf den Grund der Entſtehung nicht Rückſicht genommen wird, ſondern nur auf das, was ſich als Reſultat kundgibt; ſo auch bei dem Erwerbe der Servituten durch Zeitablauf. Iſt nämlich an dem Daſein eines langen, weder heimlich, noch gewaltſam, noch bittweiſe ausgeübten Beſitzes nicht zu zweifeln, ſo wird dem Beſitzer in Bezug auf das ausgeübte Recht eine utilis actio gegeben. Der Zuſtand wird ſo lange, als nicht das Gegentheil dargethan iſt, für einen rechtlich begründeten gehalten. Eben in dieſem Punkte tritt die Aehnlichkeit zwiſchen dem Erwerbe einer Servitut durch langjährige Uebung mit der Rechtsgewohnheit am Entſchiedenſten hervor; aber auch gerade hier hat ſich die ältere Schule eines und deſſelben Mißgriffs ſchuldig gemacht, indem ſie die Frage über das Daſein oder Nichtdaſein eines Gewohnheitsrechtes, bezüglich des Erwerbes einer Servitut durch Zeitablauf, nach der Elle meſſen, d. h. von einer beſtimmten Zahl äußerer Uebungsfälle abhängig machen wollte.

Im Allgemeinen ſind nun auch Haſſe a. a. O. S. 431 und Hofmann in den Verſ. S. 5 fgg. mit der herrſchenden Anſicht einverſtanden; beide erfordern jedoch bei den servit. praed. urban., die in non faciendo beſtehen, ſtets einen Titel, der indeſſen nicht als Requiſit der Verjährung, ſondern als Beſtandtheil des Quaſibeſitzes in Betrachtung kommen ſoll. Ich geſtehe indeſſen ganz aufrichtig, daß dieſe Auffaſſung mehr geeignet iſt, die Sache zu verwirren, als aufzuklären; denn wenn ſie ſelbſt ſagen, der

Titel sei hier Bestandtheil des Quasibesitzes, oder richtiger: die nothwendige Bedingung der Existenz des letztern, so ist es nicht zu billigen, daß sie ihn dann wieder als ein besonderes Erforderniß der Ersitzung, und sonach als etwas Selbstständiges aufführen. In der Hauptsache aber, daß nämlich bei einer negativen Servitut der Quasibesitz nicht eher entsteht, bis ein Verbot oder eine Verhindernng der Handlung des Eigenthümers stattgefunden hat, darüber sind gewiß Alle einverstanden.

Ebensowenig kann ich Hofmann beipflichten, wenn er sagt: bei der Ersitzung positiver Gebäudeservituten fänden zwar im Ganzen die Grundsätze der servitut. praed. rust. Anwendung; jedoch werde fast in allen Fällen ein justus titulus vorhanden sein müssen. Die Ausführung, wodurch er diese Behauptung zu begründen sucht, ist mir aber, offen gestanden, nicht recht klar geworden, geschweige denn, daß sie meinen Glauben an die herrschende Meinung erschüttert hätte. So sagt er S. 4 fgg.: zur Ersitzung einer Servitut reiche es hin, daß der Ersitzende die Handlungen in der Voraussetzung vorgenommen habe, daß der Eigenthümer nichts gegen ihre Ausübung als ein Recht haben werde; später aber müsse freilich derselbe von der Voraussetzung ausgegangen sein, daß ihm nun dies Recht selbst, eben weil es ihm durch Stillschweigen vom Gegner eingeräumt sei, wirklich zustehe. Allein alle diese Momente beziehen sich auf die bona oder mala fides des Verjährenden, und haben mit dem justus titulus nichts gemein; denn eine Vorstellung, die ich mir von der Einwilligung eines Andern mache, kann ich nicht als einen justus titulus zu der Ausübung betrachten. Die erste Ausübung erschiene dann immer als ein rechtswidriges Probiren der Gutmüthigkeit eines Andern, und die spätere Vorstellung von seinem Nichtsdawiderhaben als eine grobe Selbsttäuschung; es entstände aber dann auch noch die Frage: von welchem Momente an die ohne bona fides immer bodenlose und darum undenkbare Ueberzeugung von dem Nichtsdawiderhaben des

Andern als Titel betrachtet werden könnte? Sodann dürfte eine ſpätere Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit meiner Handlung nur durch das Dulden des Eigenthümers hervorgerufen werden, und zwar nur unter der Vorausſetzung ſeines Wiſſens um meine Handlungen. Darum gehen auch Hofmann S. 14. §. 6. wieder ſehr bedeutende Bedenken gegen die Möglichkeit einer Erſitzung in dem Falle bei, wenn der Servitutenbeſitzer ſich nicht auf die consuetudo ſeines Vorgängers ſtütze. Das zeigt aber wieder recht deutlich, daß es hier lediglich die Frage um die Nothwendigkeit der bona fides iſt, um die es ſich handelt; denn die consuetudo des Vorgängers iſt und kann kein Titel ſein, wohl aber wird dieſelbe die bona fides des Nachfolgers in der Regel begründen. Auch Haſſe betrachtet gewiß mit Unrecht die ungeſtörte consuetudo als einen Titel, während die longa consuetudo, die die Erſitzung begründet, vicem servitutis obtinet, und uns der Frage nach einem Titel gänzlich überhebt. So lange nicht dieſer Zeitpunkt eingetreten iſt, ſo handelt es ſich um einen fortgeſetzten Quaſibeſitz, den noch Niemand für einen Titel erklärt hat und wird erklären wollen.

Endlich können auch die Gründe, aus denen Hofmann bei der Erſitzung des ususfructus und der übrigen perſönlichen Servituten einen justus titulus verlangt, wohl ſchwerlich Stich halten. Sie ſind folgende: 1) weil dieſe Servituten mehr nach Analogie des Eigenthums behandelt würden, 2) weil eine Beſitzergreifung hier als eine Eigenmacht erſcheinen würde, und 3) weil bei dem Verjährenden kein ſolcher Glaube, daß der Eigenthümer die Ausübung geſtatten werde, unterſtellt werden könne, indem derſelbe bei Weitem nicht ſo leicht das bedeutungsvolle Recht des ususfructus, als eine Wegegerechtigkeit einräumen werde. Indeſſen was den erſten Grund anlangt, ſo erklärt ſich die analoge Beurtheilung leicht daraus, daß der ususfructus weit mehr Ausflüſſe des Eigenthumes umfaßt, als die andern Servituten, ohne daß man darauf ſchließen darf, die

Erſitzung deſſelben richte ſich nach der Eigenthumserſitzung, wozu es an jedem Grunde fehlt; ferner iſt (ad 2) ohnehin geſetzlich vorgeſchrieben, daß der Verjährende nicht vi beſitzen dürfe, und es ſtellt ſich, wenn dieſes der Fall, die Erſitzung ſchon wegen fehlerhaften Beſitzes als unmöglich dar. Daß aber beim ususfructus die Beſitzergreifung ſtets als eine Eigenmacht erſcheine, läßt ſich, weil der Beſitzergreifende auch ohne das Vorhandenſein eines Titels in bona fide ſein kann, keineswegs unbedingt annehmen. Zu 3 muß aber bemerkt werden, daß auch das Einräumen eines ſo bedeutungsvollen Rechtes, wie der Nießbrauch, möglich iſt, und daß der Beſitzergreifer gerade bei der Wichtigkeit des Rechtes aus einem Schweigen des Eigenthümers um ſo gewiſſer auf ſeine Einwilligung wird ſchließen können, als auf die der Anmaßung eines Fahrweges, der ihm vielleicht ganz gleichgültig iſt. Aber auch auf der andern Seite iſt zu erwägen, daß oft Weideſervituten dem Eigenthümer weit empfindlicher ſein können, als die Entziehung des ususfructus von einem unbedeutenden Stücke Landes.

Die Bedenken, welche Sintenis deßhalb aufwirft, weil bei Gebäudeſervituten, wenn der Präſcribirende das Gebäude neu aufgeführt habe, und bei der Erſitzung perſönlicher Servituten ſich ohne justus titulus eine bona fides des Erſitzenden nicht füglich werde annehmen laſſen, mögen gegründet ſein; allein ſie können nicht dazu dienen, die gemeine Anſicht, nach welcher ein titulus nicht erforderlich iſt, zu erſchüttern (welche Wirkung S. ihnen auch gar nicht beimißt), ſondern es wird in den gedachten Fällen nur leicht ſein, einen künſtlichen Beweis der mala fides herzuſtellen und dadurch die Präſcription zu vernichten. Freilich kann bei der bloßen Vorausſetzung des Präſcribirenden, daß der Andere nichts wider die ihm zugemuthete Servitut haben werde, eine bona fides des Erſtern nicht angenommen werden, weil er nicht in dem Bewußtſein des Rechtes, ſondern in der Abſicht, ein ſolches erſt zu begründen, handelt; indeſſen darf nicht überſehen werden, daß ein Irr-

thum auch in Fällen jener Art recht gut denkbar, und daß derſelbe der b. f. nicht hinderlich iſt.

## §. 11.

Hinſichtlich der bona fides, und ob ſolche die Römer zur Erſitzung der Servituten für erforderlich gehalten haben, ſind bekanntlich die Meinungen ebenfalls getheilt; jedoch wird jene Frage von den meiſten neuern Rechtsgelehrten verneint; indeſſen für zweifellos möchte ich dieſen Punkt noch keineswegs halten, wie ſich aus dem Folgenden ergeben wird.

1) Es iſt ein von allen neuern Schriftſtellern anerkannter Grundſatz des römiſchen Rechts, daß zu jeder Erſitzung bona fides erforderlich ſei, und die letztere muß eine erweisliche objektive Grundlage haben, die bei der Eigenthumsverjährung in dem Uſucapienten die Ueberzeugung, Eigenthümer zu ſein, hervorbringen konnte und hervorgebracht hat (titulus, justa causa). Dieſe, als die äußere Grundlage der b. f., muß allerdings erwieſen werden, nicht aber das Daſein der b. f. noch außerdem. (Puchta Pand. §. 157 a. E. u. §. 161.) Es läßt ſich ferner nicht beſtreiten, daß bei der ſpätern Einführung der Erſitzung der Servituten auch die Analogie der bei dem Eigenthume vorkommenden longi temporis praescriptio mitgewirkt habe, (v. Vangerow III. S. 199.) und zwar (wie ich glaube) dergeſtalt, daß man dabei einen nec vi, nec clam, nec praecario begonnenen, (cum animo domini verbundenen) Beſitz als factiſche Grundlage der Ueberzeugung, ein Servitutenrecht zu haben, und mithin auch als äußeres Merkmal der b. f. erforderte, ſo daß es hier ebenſowenig nothwendig war, einen beſondern Beweis derſelben zu verlangen, als bei der Eigenthumsverjährung, die ſich auf einen titulus gründete. Iſt es nun nicht ganz naturgemäß, anzunehmen, daß die Römer bei der Servitutenerſitzung, da ſie einen beſonders geeigenſchafteten Beſitz erforderten, auch die hierauf ſich gründende b. f. werden für erforderlich gehalten haben? Deutet jenes Erforderniß eines fehlerfreien

Beſitzes nicht ſelbſt auf eine gewiſſe Redlichkeit des Präſcribirenden hin, und warum verlangte man überhaupt einen in jener Weiſe qualificirten Beſitz, wenn man das ihm offenbar zu Grunde liegende Prinzip der Redlichkeit, der bona fides, für unweſentlich gehalten hätte?

Es gibt aber auch

2) Geſetzſtellen, die dieſe Anſicht ſehr bedeutend unterſtützen. Hierher gehören indeſſen keineswegs l. 1. §. 6. l. 7. D. de itinere und l. 25. D. quemadmodum servitutes ammitt. (denn dieſe reden von etwas ganz Anderem, wie bereits gezeigt worden iſt); wohl aber folgende Ausſprüche der Quellen:

l. 1. §. 10. D. de aqua. (43. 20.)

Sed etsi jure aqua non debetur alicui, si tamen jure ducere se putavit, eum non in jure, sed in facto erravit, dicendum est, eoque jure utimur, ut interdicto hoc uti possit: sufficit enim, si jure se ducere putavit, **nec** vi, nec clam, nec precario duxit.

Aus dieſer Stelle erhellt deutlich, daß eine von jenen Fehlern freie possessio noch nicht zur Anſtellung des Interdictes hinreicht, ſondern daß auch außerdem noch die Ueberzeugung in dem Beſitzenden vorhanden ſein muß, er habe ein Recht zu der Handlung. Hierfür ſpricht auch die Natur der Sache; denn ſehr richtig bemerkt Göſchen, daß Jemand ſehr füglich eine Servitut nec vi, nec clam, nec precario ausüben nnd nichtsdeſtoweniger überzeugt ſein könne, daß er keineswegs im Rechte ſei.

l. 1. §. 19. eod.

Aristo putat, eum demum interdictum hoc habere, qui se putat, suo jure uti: non eum, qui scit se nullum jus habere, et utitur.

Die unterſtrichenen Worte dürften allen Zweifel heben, daß, um das Interdict anſtellen zu können, bona fides erforderlich iſt; denn worin kann dieſe hier anders beſtehen, als in dem Bewußtſein, zu der Ausübung der Servitut berechtigt zu ſein, in dem Glauben, daß wirklich eine Ser-

vitut vorhanden ſei. Daß dieſe Stellen zur Anſtellung des Interdicts b. f. erfordern, darin iſt man ziemlich einverſtandern; vgl. Zimmern und Seuffert a. a. O., von Savigny Beſitz §. 46. S. 521. III., Sintenis a. a. O. not. 42. sub 4.; indeſſen wird man einwenden, daß dieſelben nichts beweiſen könnten, weil jene Anforderung nur bei einem Interdicte geſtellt werde; allein ich muß hierauf Folgendes entgegnen. Wenn b. f. ſogar bei einem poſſeſſoriſchen Interdicte, das den Schutz der Ausübung einer bei den Römern vorzüglich häufigen Servitut bezweckt, verlangt wird, ſo muß ſie noch bei Weitem mehr verlangt werden bei einem auf das Recht ſelbſt gerichteten Erwerbe; denn der Interdictenbeſitz iſt offenbar das minus, der Uſucapionsbeſitz das majus, und die Erforderniſſe des erſtern müſſen unbedingt auch für den letztern gelten.

Wie ſonderbar geſtaltet ſich nun aber die Sache nach der Anſicht unſerer Gegner? Um das Interdictum de aqua etc. anſtellen zu können, iſt bona fides erforderlich; dagegen zur actio confessoria wegen einer Waſſerleitung ſoll jene nicht erforderlich ſein; denn gerade diejenige Stelle, die von einer Servitut jener Art handelt, iſt es hauptſächlich, auf die ſich unſere Gegner zur Vertheidigung ihrer Anſicht berufen; nämlich die l. 10. D. si servitus etc., die ſchon oben wörtlich abgedruckt iſt.

Indeſſen die Gegner unſerer Anſicht, Zimmern und Seuffert a. a. O., wenden hiergegen Folgendes ein:

„Eben weil die Römer ſelbſt nicht verſäumten, jene zwei Erforderniſſe zu trennen, und zwar bei einem einzelnen und zwar poſſeſſoriſchen Interdicte beide begehrten: ſo dürften wir nicht ein Gleiches da annehmen, wo ſie ausdrücklich nur das eine verlangten, wie in l. 10. D. si servitut. l. 1. §. ult. de aqua und l. 1. C. de servit.“

Gegen die Richtigkeit dieſer Argumentation habe ich zuerſt die bekannte Regel einzuwenden: Unius positio, non est alterius exclusio. Was würde man ſagen, wenn ich aus l. 2. C. de servit. folgern wollte: Da in dieſer Stelle

eines fehlerfreien Beſitzes nicht gedacht iſt, ſo genügt auch ein gewaltſamer Beſitz zur Erſitzung, wenn nur der dominus pr. servient. um denſelben weiß! — Ich glaube vielmehr, daß man in Betracht der unter 1 und 2 hervorgehobenen Gründe ſo ſchließen muß: Weil b. f. das Erforderniß jeder Erſitzung, und weil die der Servituten der des Eigenthums nachgebildet, endlich weil ſogar zu dem interdictum de aqua b. f. erforderlich iſt, ſo fanden die Römer nicht nöthig, dieſes Erforderniß bei der Servitutenerſitzung noch ausdrücklich hervorzuheben, ſondern ſie dachten, es verſtehe ſich daſſelbe von ſelbſt.

Sodann verwechſeln aber auch Zimmern und Seuffert offenbar zweierlei, nämlich die Erforderniſſe der Servitutenerſitzung, und das, was der Präſcribirende zu beweiſen hat. Von jenen iſt in der l. 1. §. 10 und 19. de aqua, von dieſem in der l. 10. si servit. die Rede.

Die beiden zuerſt erwähnten Geſetze entſcheiden nämlich die Frage: Ob b. f. überhaupt erforderlich ſei? und bejahen ſie; die l. 10. cit. redet von etwas ganz Anderem, nämlich davon, was der zu beweiſen habe, der die Erſitzung einer Servitut behauptet, wie aus den Worten: non est ei necesse, docere — und ut ostendat klar hervorgeht. Hierbei legt ſie ihm nun ganz entſprechend blos den Beweis äußerer, in die Sinne fallender Handlungen auf: se nec clam, nec vi, nec precario possedisse, nicht aber den Beweis der bona fides; ja es durfte ſogar in dieſer Stelle von der letztern gar nicht die Rede ſein, wenn man nicht noch außer dem Beweiſe jenes Beſitzes, der hier die justa causa vertritt, auch noch den beſondern Beweis der b. f. verlangen wollte. Mit andern Worten: Die bona fides mußte in der l. 10. cit. unerwähnt bleiben, weil die Abſicht des Geſetzgebers allerdings nicht dahin ging, zu verordnen:

ut ostendat bonam fidem,

ſondern blos dahin, daß der Beweis eines Quaſibeſitzes

jener Art genügen und ein beſonderer Beweis der b. f. nicht erforderlich ſein ſolle. Man kann ſonach daraus, daß nach der l. 10. cit. b. f. nicht erwieſen zu werden braucht, nicht darauf ſchließen, daß ſie zur Erſitzung der Servituten nicht erforderlich ſei; denn die l. 10. cit. ſpricht gar nicht von den Erforderniſſen der Servitutenerſitzung, ſondern von dem, was der Präſcribirende zu beweiſen hat, und ſie erläßt ihm den Beweis der b. f. aus ganz vernünftigen, der Natur der Sache entſprechenden Gründen. Hiermit fällt aber die hauptſächlichſte Stütze der entgegengeſetzten Meinung weg; denn auch die andern Geſetze, auf die ſich Zimmern a. a. O. beruft, die

l. 1. §. ult. de aqua et aqua pluvia (39. 3.)

und die

l. 1. C. de servit. (3. 34.)

haben keineswegs den Zweck, alle Erforderniſſe der Servitutenerſitzung aufzuzählen, und es darf daher daraus, daß darin der b. f. nicht gedacht iſt, nicht geſchloſſen werden, daß ſie nicht erforderlich ſei. Die Pandectenſtelle gedenkt nur nebenbei der Erſitzung der Servituten, und ſagt weiter nichts, als daß der, welcher diu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam, ſo angeſehen werde, als ſtehe ihm ein Dienſtbarkeitsrecht zu; worin aber der Gegenbeweis beſtehe und wie ſich die Sache geſtalte, wenn dem Präſcribirenden mala fides nachgewieſen wurde, davon enthält ſie keine Sylbe, und auf dieſe ſpecielle Frage einzugehen, lag auch ganz außer der Abſicht ihres Verfaſſers, der nur vergleichungsweiſe der Servitutenerſitzung gedenkt.

Die Coderſtelle — ein Reſcript — hat offenbar den Zweck, im Allgemeinen daran zu erinnern, daß man ſich in einem ſolchen Falle, wie der gegebene war, auf Erſitzung berufen könne, und ſie iſt, irre ich nicht, die einzige Stelle, welche von der Erſitzung der servit. pr. urbanor. handelt. Nun hebt ſie zwar in den Worten: modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet,

allerdings hervor, auf welche thatſächliche Momente es bei der Servitutenerſitzung auch hier (bei praed. urb.) ankomme; der Kaiſer will aber keineswegs ſagen, daß kein weiteres Erforderniß derſelben exiſtire. Denn einmal iſt die c. 1 C. cit. secundum jus constitutum zu erklären, wie aus den Worten: „judex — sciet“ klar erhellet, ſo daß die Vermuthung Platz greift, der Kaiſer habe das ältere, ſchon beſtehende Recht im Auge gehabt und nur davon geſprochen, was der Präſcribirende zu beweiſen habe, und zweitens hatte der Kaiſer umſoweniger Urſache, der b. f. zu gedenken, da dieſelbe bei dem Vorhandenſein eines Beſitzes der gedachten Art, welcher die justa causa erſetzt, als vorhanden angenommen wurde, und kein Grund vorlag, darauf einzugehen, welche Einwendungen des Gegners etwa geeignet ſeien, jene thatſächlichen Grundlagen der Servitutenerſitzung zu erſchüttern.

Es ſteht alſo nunmehr die Sache ſo: Ein nec clam, nec vi, nec precario beſtehender Beſitz gilt nach römiſchem Recht bei der Servitutenerſitzung anſtatt der justa causa; nur jener als etwas Aeußeres, in die Sinne Fallendes kann Gegenſtand der Beweisführung ſein, und mithin mußte die bona fides, da ſie in jenem wurzelt, mit deſſen Daſein als vorhanden angenommen werden; d. h. die Geſetze verlangen keinen ſelbſtändigen Beweis derſelben, keinen Beweis eines bonum initium possessionis. Wird aber nachgewieſen, daß der, welcher die Servitut ſelbſt äußerlich fehlerfrei ausgeübt hat, initio possessionis in mala fide geweſen ſei, ſo wird dadurch die Erſitzung vernichtet. Das Verhältniß der Servitutenerſitzung iſt daher in dieſem Punkte dem der Eigenthumserſitzung ganz analog.

Anlangend das kanoniſche Recht, ſo war man bisher ziemlich allgemein einverſtanden, daß daſſelbe auch bei der Erſitzung der Servituten bonam fidem verlange. Faſt alle deutſchen Fakultäten ſind dieſer Anſicht; indeſſen iſt mir doch neuerlich ein Urtheil zu Geſicht gekommen, welches die entgegengeſetzte Anſicht in Schutz nahm. Hierin dürfte ſchon eine genügende Veranlaſſung liegen, auch die Beſtimmungen

des kanoniſchen Rechts einer genauen Prüfung zu unterwerfen.

Die Hauptſtelle iſt das

c. 20 X. de praescript. (II. 26.)

Quoniam omne, quod non ex fide, peccatum est, Synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica, quam civilis cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

Die Eingangsworte dieſes Geſetzes enthalten die ratio legis, die wiederum auf einem ganz allgemeinen ſittlichen Elemente beruht, das nicht etwa blos auf die Eigenthums-, ſondern auf jede Art der Verjährung, insbeſondere auf die Erſitzung der Servituten, vollkommen paßt. Dazu kömmt, daß die Dispoſitivworte: ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica, quam civilis alle Zweifel heben; denn ſie ſind nach jeder Richtung hin deutlich und klar, und ſtimmen mit der aus der ratio legis beſtimmt erkennbaren Abſicht des Geſetzgebers vollkommen überein. Das Wort nulla fordert bei jeder Art der Verjährung bonam fidem, und die Dispoſitivworte harmoniren eben in der Allgemeinheit, die ſie nach ihrem Wortſinne haben, durchaus mit dem ſittlichen Grunde, aus welchem jene kirchliche Verordnung hervorgegangen iſt. Dieſelbe iſt in der That ſo klar, daß ſich nicht begreifen läßt, wie man bei der bekannten Interpretationsregel: „Cum in verbis nulla ambiguitas, non debet admitti voluntatis quaestio“ ihr eine reſtriktive Erklärung hat geben können; denn auch angenommen, daß ſie rückſichtlich der Servitutenerſitzung ein korrektoriſches Geſetz ſei, ſo ſind hier alle Vorausſetzungen vorhanden, unter welchen ein ſolches die ältern ihm entgegenſtehenden Verordnungen aufhebt. Wäre nämlich in dem römiſchen Rechte auch ausdrücklich geſagt, daß b. f. bei jener

Art der Erſitzung nicht erforderlich ſei, ſo würde doch dieſe Beſtimmung durch die Vorſchrift in dem c. 20 cit. „ut nulla valeat sine b. f. praescriptio“ ohne Zweifel aufgehoben ſein.

Daß das Wort „praescriptio“ auf die Adquiſitivverjährung paſſe, muß Seuffert a. a. O. S. 137 ſelbſt zugeben, daß es ſich aber bloß auf die Eigenthumsverjährung beſchränke, hat er nicht entfernt dargethan, und eine Menge Stellen liefern den ſchlagendſten Gegenbeweis. Zunächſt muß ins Auge gefaßt werden, daß das Wort „possessione“ In C. 3 in VI. de R. J. auch den Quaſibeſitz mit in ſich faßt, und jedenfalls, wollte man es für Beſitz einer Sache nehmen, jede Verjährung von Rechten ausſchließen würde. Das Argument beweiſt daher mehr, als es beweiſen ſoll, und folglich nichts. Sodann leſe man nur c. 4. 5. 6. 9. X. II. 26 nach, wo das Wort praescribere auf jede Art der Adquiſitivverjährung bezogen wird, ferner cap. 7 und cap. 19, wo praescribere in Bezug auf Zehnten gebraucht wird; endlich cap. 15 eod., wo von „episcopale jus praescribere“, und cap. 16, wo von „praescribere contra visitationem“ die Rede iſt, und man wird ſich überzeugen, daß im kanoniſchen Rechte jener Ausdruck insbeſondere auch bei der erwerbenden Verjährung von Rechten angewendet wird.

Endlich ſoll ſich aus dem Schluſſe der Dekretale, wo von der conscientia rei alienae die Rede iſt, ergeben, daß die erſtere nur von der Erſitzung des Eigenthums zu verſtehen ſei; denn der Geſetzgeber habe ſich in dem Schlußſatze gleichſam ſelbſt interpretirt, und dadurch den Mißverſtändniſſen vorgebeugt, zu welchen die einer weitern Auslegung fähigen Dispoſitivworte des Geſetzes Anlaß geben könnten. Aber auch dieſer Einwand muß auf das Entſchiedendſte abgelehnt werden; denn, wenn der Geſetzgeber blos ſagen wollte, daß bei der Eigenthumserſitzung fortwährende b. f. erforderlich ſei, ſo bedurfte es hierzu weder eines Beſchluſſes der Kirchenverſammlung, noch überhaupt eines

einzigen Wortes; denn es exiſtirte ja dieſerhalb ſchon eine 1180 erlaſſene Dekretale Alexanders III., die doch 1216 unmöglich der Vergeſſenheit anheimgefallen geweſen ſein kann. Es iſt dieſes das c. 5 X. II. 20. In derſelben iſt ja auf das Deutlichſte beſtimmt, daß keine Eigenthumsverjährung wirkſam ſein ſolle, wenn und ſobald der Beſitzer erfährt, daß er fremdes Eigenthum beſitze. Wozu alſo erſt ein Beſchluß der Kirchenverſammlung, wozu die ganz allgemein gefaßten Dispoſitivworte des cap. 20, wenn weiter Nichts geſagt werden ſollte, als was alle Welt ſchon wußte? Ich erkläre mir die Schlußworte: unde oportet etc. auf ganz andere Weiſe, und zwar ſo: B. f. war zwar früher auch ſchon bei der erwerbenden Verjährung des Eigenthums und anderen ihm analoger Rechte erforderlich, wie aus verſchiedenen früheren Verordnungen hervorgeht; aber allgemein für jede Art der Verjährung war jenes Erforderniß weder ausgeſprochen, noch war der Grund der ſchon früher beſtehenden Verordnungen angegeben. Beides geſchah nun in dem cap. 20. Das Erſtere in den Dispoſitivworten, das Letztere in der ihr vorhergehenden ratio; in den Schlußworten aber, die doch im Einklange gedacht werden müſſen mit dem ſchon beſtehenden Rechte (cap. 5 und 19), ſagt und will Innocenz III. ſagen: Daher kömmt es — das iſt der Grund —, warum der, welcher verjähren will, zu keiner Zeit ſich in mala fide befinden darf.

Will man das cap. 20 nur von der Eigenthumserſitzung verſtehen, ſo muß man die Dispoſitivworte bei Seite werfen und davon abſehen, daß man bei der Interpretation kein Wort für überflüſſig halten darf, wenn nicht die wichtigſten Gründe dieſes fordern. Hier aber würde man gerade umgekehrt verfahren, man würde die Dispoſitivworte, die allein einen richtigen Sinn geben, bei Seite ſtellen, und annehmen müſſen, daß Innocenz in den Schlußworten ſich dahin interpretirt habe: er hätte jene zwar ſo eingekleidet, als ob etwas Neues verordnet werden ſolle, dieſes ſei ihm

aber nicht in den Sinn gekommen, ſondern er habe blos etwas ſchon längſt Bekanntes geſagt und ſagen wollen. Wahr iſt, daß für die Servitutenerſitzung die Römer niemals das Wort praescriptio brauchten nnd aus einer diuturno usu, longa consuetudine, erworbenen Servitut blos eine utilis actio entſpringen ließen; aber das cap. 20 rührt ja von keinem römiſchen Juriſten her, uud nach dem Sprachgebrauche des kanoniſchen Rechts wurde das Wort praescriptio gezeigtermaßen auch bei den durch Zeitablauf erworbenen Rechten anderer Art gebraucht.

Noch hat Seuffert gegen das obenerwähnte Argument aus der ratio legis eingewendet, daß es Nichts beweiſe, weil es mehr beweiſe, als es ſolle; denn wenn man jene Wahlſprüche der Moral in ihrer ganzen Allgemeinheit gelten laſſe, ſo müſſe man alle Verjährung für unzuläſſig erklären, was doch der Papſt augenſcheinlich nicht gewollt habe. Allein eben aus dieſem, von Seuffert zugegebenen Grunde darf man jene Wahlſprüche der Moral nicht in ihrer ganzen Allgemeinheit nehmen; denn der Papſt verwirft ja nicht die mit bona fides, ſondern nur die mit mala fides verbundene Verjährung; nur von dieſer, nicht von jener ſagt er: ſie komme nicht ex fide; dem ganzen Inſtitute der Verjährung macht er dieſen Vorwurf nicht. Darum iſt hier die ratio der Verordnung ein ſehr trifftiger Beweis für den Sinn, den die Worte liefern, obſchon dieſer nur dann unbeachtet bleiben könnte, wenn gerade ſoviel Gründe für eine entgegengeſetzte Abſicht des Geſetzgebers ſprächen, als für die mit dem Wortverſtande konforme vorhanden ſind.

## §. 12.

Ich habe jetzt nur noch einige Worte über die von Vielen erforderte scientia domini praed. servientis bei der Erſitzung der Servituten zu ſagen; die für die verneinende Meinung von Unterholzner und von v. Bangerow

angeführten Gründe geſtatten mir jedoch, kurz zu ſein; auch bin ich in der That überzeugt, daß die c. 12 C. de servit. (VII. 33.) das aus den Worten der c. 2. C. III. 34: „eo sciente“ entnommene Argument gänzlich entkräftet, indem in jenem neueren Geſetze Juſtinian mit klaren Worten verordnet, daß es ferner bei der Verjährung auf scientia oder ignorantia gar nicht mehr ankommen und dieſes insbeſondere auch bei dem ususfructus und den übrigen Servituten der Fall ſein ſoll. Und hierin kann ich auch nichts Unbilliges finden; denn wenn wir von dem oben erwähnten Geſichtspunkte ausgehen, daß die Römer einen usus diuturnus, eine ſo häufige und langjährige Ausübung des als Servitut angeſprochenen Rechtes verlangten, daß dieſelbe ohne grobe Vernachläſſigung dem Eigenthümer des dienenden praedii, ſelbſt wenn er abweſend war, nicht füglich unbekannt bleiben konnte; ſo liegt in der That, wenn dieſes dennoch der Fall war, eine unentſchuldbare ignorantia vor, die um ſo weniger Beachtung verdient, als außerdem die Berufungen auf Nichtwiſſen um die Ausübung kein Ende nehmen, und, bei der Schwierigkeit des Beweiſes der scientia des Eigenthümers des dienenden Grundſtücks, der Beweis der Servitutenerſitzung ein äußerſt ſchwieriger ſein würde.

Haſſe a. a. O. S. 13. macht unter gewiſſen Umſtänden, insbeſondere wenn der Verjährende wiſſe, der Eigenthümer ſei gerade verhindert, Kunde von der Handlung zu erhalten, und wenn erſterer nach den vorliegenden Umſtänden vermuthen könne, letzterer werde die Ausübung, wenn er von derſelben Kenntniß hätte, unterſagen, dem Präſcribirenden zur Pflicht, jenem Anzeige von derſelben zu machen. Haſſe verlangt ſolches, um dem Vorwurfe der Verheimlichung zu entgehen. Er bezieht ſich zur Begründung ſeiner Anſicht auf l. 73. §. 2. de R. J. und auf l. 3. §. 7. D. quod vi aut clam (43. 24.); allein er überſieht hierbei, daß zur clandestina possessio immer ein verborgenes, ein an ſich heimliches Handeln er-

fordert wird, wie namentlich auch aus l. 6. pr. D. de acq. vel amitt. poss. (41. 2.) ſich ergibt. Dem Präſcribirenden liegt blos ob, non clam zu beſitzen; dem aber, welcher ſeine Beſitzhandlungen offen und überdies, wie ich nach der obigen Ausführung erfordere, häufig und per longum tempus vornimmt, dem kann auf keinen Fall zugemuthet werden, den Gegner, ſelbſt wenn er wiſſen ſollte, daß derſelbe keine Kenntniß davon habe, zu benachrichtigen.

Hofmann in Fuhrs Verſ. S. 13. iſt zwar derſelben Anſicht; er verlangt von dem Präſcribirenden eine Anzeige bei dem Eigenthümer, wenn jener wußte, oder auch nur dachte, der letztere ſtehe in der Meinung, es werde die Beſitzhandlung nur precario ausgeübt, oder er könne überhaupt ſein Recht durch Erſitzung nicht verlieren. Aber in beiden Beziehungen läßt ſich ihm nicht beiſtimmen; denn nicht nur daß kein einziges Geſetz dem Präſcribirenden eine Pflicht jener Art auflegt, oder auch nur entfernt auf eine ſolche hindeutet, ſo wird auch die bona fides, wie Hofmann glaubt, durch jenes Wiſſen des Präſcribirenden um den Irrthum des Eigenthümers keineswegs ausgeſchloſſen. Denn mehr wird nirgends zur b. f. verlangt, als daß der Präſcribirende in ſeinem guten Rechte zu ſein glaubt, — jure se ducere putavit, — und daß er die den Stoff der Servitut bildenden Handlungen nec vi, nec clam, nec precario ausübt; die Vorſtellungen aber, die der Eigenthümer des dienenden Grundſtücks ſich von jenen Handlungen macht, zu berichtigen, das kann ihm weder der Natur der Sache nach, noch nach den Geſetzen zugemuthet werden. Auch wäre der etwaige Irrthum der negligentia des Eigenthümers allein beizumeſſen. Ganz anders muß ſich natürlich die Sache geſtalten, wenn der Präſcribirenwollende den Glauben des Eigenthümers an eine bittweiſe Ausübung vorſätzlich erregt hätte; denn hier treten dann andere Grundſätze ein, und er wird dann bald als ein wirklich

precario, bald als ein mala fide Beſitzender zu betrachten ſein.

## §. 13.

Zuletzt faſſen wir nun die über die Frage: was der Erſitzende bei den servit. discont. zu beweiſen habe? gewonnenen Reſultate in Folgendem zuſammen:

I. Der Beweis muß gerichtet werden auf wahre Beſitzhandlungen, d. h. auf ſolche Handlungen, die in der Abſicht, das betreffende Recht auszuüben, unternommen ſind, und dieſer Umſtand muß nicht allein zum Gegenſtand des Beweiſes gemacht, ſondern auch wirklich bewieſen werden.

II. Jene Handlungen müſſen von der Art ſein, daß ſie ſich nicht als vitiöſe, d. h. clam, vi, precario unternommene, darſtellen.

III. Es muß eine ſolche Anzahl von Handlungen jener Art dargethan werden, daß der Richter aus deren häufiger, die Verjährungszeit hindurch reichender Ausübung die Ueberzeugung erhält, es könne dieſer Zuſtand ſeit resp. 10 und 20 Jahren als ein regelmäßig beſtehender angenommen werden; m. a. W. es ſei ein diuturnus usus, eine longa consuetudo im Sinne der Quellen vorhanden.

IV. Handelt es ſich um einen durch Fremde erlangten Uſucapionsbeſitz, ſo muß der, welcher die Erſitzung für ſich geltend macht, beweiſen, daß er um jenen entweder gleich Anfangs gewußt, oder doch von demſelben zu einem Zeitpunkte Kenntniß erhalten habe, von welchem ab die Verjährung als vollendet immer noch zu betrachten iſt.

Weiter hat, da weder justus titulus, noch scientia domini praedii servientis erforderlich iſt, und da bona fides präſumirt wird, der Erſitzende nichts zu beweiſen; auf dem Beweiſe der obigen 3 resp. 4 Punkte muß aber beharrt, und mit dem erſten und dritten muß es durchaus genau

genommen werden, wenn nicht der Beweis der Erſitzung zur Ungebühr und gegen den Geiſt des römiſchen Rechts erleichtert werden ſoll. Das Thema für den Gegenbeweis ergibt ſich nach Obigem von ſelbſt.

# XIII.

## Zur Lehre vom Beſitzerwerbe der Kinder nach römiſchem Rechte.

Von

Herrn **Dr. Auguſt Denzinger**,
Privatdocenten in Würzburg.

(Schluß des Aufſatzes Nr. VII. im vorigen Hefte.)

### IV. Von der c. 3. C. de acquirenda et retinenda possessione.

Nach einem im Jahre 250 erlaſſenen Reſcripte des Kaiſers Decius (c. 3 C. de acq. et retin. possessione) wird Folgendes verordnet:

> Imp. Decius et Rufino. Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur, interim, licet animi plenus non fuisset affectus [20]), possessionem per traditionem esse quaesitam; alioquin, sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur, nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri.

Dieſe Stelle iſt ſchon ſeit den Gloſſatoren den verſchiedenſten Interpretationen unterworfen worden. Ich werde

20) effectus lieſt ein Mſcr. der Univerſitätsbibliothek zu Leipzig Nr. 883. und das Mſcr. der Bamberger Bibliothek. Herrm.